

Title	ボン基本法における人権保障
Author(s)	安部, 濱男
Citation	大阪外国語大学学報. 4 p.101-p.113
Issue Date	1956-04-01
oaire:version	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/80117
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

ボン基本法における人権保障

安 部 浜 男

Guarantee of the Fundamental Human Rights in the Basic Law of West Germany.

ABE Hamao

SUMMARY

Movement toward the amendment to the Constitution has become remarkably active since it was Fifty-six. No year other than this would have hitherto been when the need of promoting the national sentiment and concern to the Constitution was ever so strong.

The present text is intended to outline the contents of guarantee of the fundamental human rights in the Basic Law of West Germany for reference to deepen general understanding of the form of guarantee of the fundamental rights, which would presumably constitute one of the vital problems to the amendment draft, and further to make clear the following points that are considered for us to have to learn positively or negatively.

(1) The Basic Law expunges some of the rights that have direct importance to the people's wholesome and cultural living in the capitalist nations, by reason of their being "Programmvorschrift" and not "unmittelbar geltendes Recht". In this we see the experiences taken into good account that guarantee of these kinds of rights in the Weimar Constitution time, which primarily were a mere declaration of the programs, resulted in a general slight of the human rights. It should be reminded, however, that what is most necessary is to make the rights "unmittelbar Recht" to their possible extent, and is not to expunge or to set limits to them.

(2) The Basic Law stipulates that, in case of freedom of expression or any other freedoms being utilized (abused) for the sake of struggle against "freiheitliche demokratische Grundordnung", the freedoms should be deprived of. It might be considered that this kind of restriction does not only remain as mere restriction upon freedom of expression but does mean to fix a *specific* democratic order, thereby killing democracy itself, where "tolerance" is essential.

(3) For any violation of the human rights, the Basic Law has a way open for relief by procedure of so-called "Verfassungsbeschwerde", irrespective of its being through the legislative or executive organ, all at the "Verfassungsgericht" (Court of Constitution). Ill provision for Verfassungsgericht is notoriously a weak point of the Constitution of our country, and in this connection the said legal system of West Germany could be suggestive of one solution to us.

I

いまの憲法が制定されてから足かけ十年の間に基本的人権の保障をめぐる違憲の疑いの濃い立法が、公共の福祉からの必要ということで、可成の數制定されはした。けれども、いまの憲法が人權制限の基準を公共の福祉に求めたことは、少くとも、以前の憲法の採った「法律の範圍内」での保障に比べて進歩であることは疑いがない。たとえ公共の福祉の概念がそれ自身内容の空虚な一般概念であっても、もろもろの立法の内容を實質的に審査する途をひらいたという點で、その意義は決して輕くないからである。

また、いまの憲法は法律をはじめすべての國家行為に對する違憲審査の制度を採用したことを誇っている。たしかにそれは誇るに値する。然し、最高裁判所の所謂憲法裁判所の性格を否定したために——憲法81條の無理のない解釋はおそらくこのような結論になる——とくに基本的人権保障の面でこの制度の不徹底さが露呈されていることは明白で、何等かの方法で憲法裁判所の性格の裁判所を設置する必要があるとする主張は、いまでは、一般の常識になっているといつてよい。

しかるに、最近における憲法改正の動向の中には、人權制限の基準を「公共の福祉」でなくて、「法律」に求めようとする改正案が見うけられるし、¹⁾ また人權の裁判所による保障についても現行制度の不徹底さを固定しようとする動きがないではない。²⁾

思うに、今日基本的人権を保障することが個人にとつても意義は、單に消極的に、これによって國家權力から自由な生活領域が保障されるということそのことにあるのではなく、かえって積極的に、すべての人の健康で文化的な社會生活實現のために、必要なあらゆる人權を最大限に利用することが保障されるということにあるのでなければなるまい。その意味で人權保障は全人民の福祉に密接にむすびついているのであり、これについての憲法改正の動向には特に深い關心がもたれなければならないのである。

本稿が西獨乙の所謂ボン基本法の規定する人權保障について概論を試みたのは、われわれが憲法改正の動向に關連して人權保障を再考する必要が痛感される今日、この基本法の人權保障制度を参照することが、基本法制定事情のわが國の場合との類似、注目すべき若干の規定を含んでいるという事實等に鑑み、單に外國法制の紹介以上の意義をもちうると考えたからに外ならない。

(註1, 2) 大阪朝日新聞 昭31. 1. 7 参照

II

本稿でボン基本法の下での基本權を取扱うといつても、個々の基本權のすべてにわたつて考察するつもりはない。こゝではごく大まかに、その傾向乃至特色を如何なる範圍の權利が保障され

ているか及び如何なる程度に保障されているかの二つの側面について述べるに止める。

1. 如何なる範圍の權利が保障されているか。

こゝで述べておかねばならないことは、少くとも條文自体としては20世紀的香りの高い憲法といわれているワイマール憲法に比べて、ボン基本法はその保障の範圍を極端に狭めているという點である。¹⁾ 即ち、權利内容の範圍から云って、ワイマール憲法は所謂傳統的基本權の外に、所謂經濟的基本權或は生存權的基本權の名で總括される多數の基本權に關する規定を含んでいたのに對して、ボン基本法の場合は、後者に屬する殆んど大部分が削除され、結局、保障されているのは、傳統的基本權として自由權（法の前の平等の外、人格、信條、表現、²⁾學問、集會、結社、團結、居住、職業選擇及び請願の諸自由）及び不可侵權（生命身体の不可侵、³⁾通信の秘密、住居の不可侵及び所有及び相續の不可侵⁴⁾）のほか親權、學校制度の保障、國籍保有の保障、犯罪人引渡の禁止（Auslieferungsverbot）、宗教々育の保障、⁵⁾婚姻及び家族制度の保障、⁶⁾母性保護の義務及び私生子保護の義務⁷⁾が規定されているだけである。

（註1）條文から言っても、ワイマール憲法では109條から165條まで57ケ條あったのに對し、ボン基本法では1條から20條まで20ケ條にすぎない。

（註2）表現の自由には言語、文書、圖画による表現、出版、ラヂオ、映畫による廣報、檢閲禁止、藝術、科學、研究、學說の諸自由が含まれている（基本法5條）

（註3）生命、身体の不可侵については、基本權の章で第2條が規定しているほか、刑事作用と關連して、司法の章において、死刑の廢止（101條）、裁判所で意見をのべる權利（102條1項）、事後立法で刑罰を科せられない權利（102條2項）、同一の行爲によって再び刑罰を科せられない權利（102條3項）、自由を剝奪すべきか否か、及びその期間は裁判官以外の者によって決定されない權利（104條2項）の外、數個が保障されている。

（註4）所有の不可侵については、その内容及び制限が法律で決定されること、所有權が義務を負うこと、一般の利益の爲に、且つ補償を條件として收用が行われうること、及び土地、自然資源及び生産手段が社会化の目的のために共同所有に移されうべきこと等の制限が付されている。

（註5）宗教々育の保障というのは公立學校で宗教々育を正規の學科として行うことの保障であって、宗教々育を行わないことの保障ではない。

（註6）家族というのは抽象的な家の觀念を意味するのではなく、夫婦と子で當まれる家庭をいう。

（註7）この義務は政府に課せられた所謂政治的義務である。

このように基本權保障の範圍が縮少されたのは次のような考え方に基いているようである。即ち、20世紀初頭を大体の境として、國家の積極的な活動に對する要求が非常に強くなり、ワイマール憲法はかような事態を反映して極めて多數の所謂 Programmsatz 的性格の基本權を掲げることになった。ところが、あたかもこの種の基本權が單なる綱領宣言でしかなかったことが却って、基本權の全体を空虛な役に立たないものとして輕視する結果を生ぜしめ、それが結局ヒトラ

一の治下において獨乙を破局にまで追いやった、と考えられるから、基本法では逆に不可侵の人権を昂揚すると同時に、法的に直接の拘束力をもつことのできないような内容のものは基本権として掲げないという原則を採るべきだ、という考えに基いているようである。つまり、ワイマール憲法の下での経験とそれに對する反動がこのような、原則として、直接の拘束力をもち得る基本権だけの保障、⁸⁾ 従って、19世紀的憲法におけると殆んどかわらない内容の基本権を出現せしめた、⁹⁾ そして又、かような種類の保障が連合國の側からの要求にも丁度合致したというわけである。

扱て、權利内容から見た、基本法の基本権保障の範圍は以上の如くである。これを我が國の憲法の下での人権保障の範圍と比較する場合、兩者共に傳統的な基本権の保障を原則とし、例外的に新しい内容の權利を加味している點で略々同一であるが、我が國の場合は、資本主義社會の發展に基因する矛盾をいくらかでも和らげ、取除くために、資本主義國家が承認することを餘儀なくされて認められたと考えられる諸權利が、非常に重要な例外として、保障されているのに對して、ボン基本法の場合は、このような社會の發展とは直接關係がないかに見える親權の保障、母性の保護或は私生子の保護等を保障するに止まり、資本主義社會發展の結果生じた矛盾に對處するための權利としては團結權が自由權の一種としてかゝげられていること及び所有權に對する制限という形で、社會化のために土地、自然資源及び生産手段の共同所有への移行の可能を認めているに止まる點が注目されるべきである。

尙、基本権保障の人的範圍としては、原則として、¹¹⁾ すべての個人が保障され、更に自然人だけでなく法人に對しても保障されることが明規されている。我が國の憲法では見られない點である。¹²⁾

(註8) Vgl. Niwiasky. Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. '50. S. 19ff.

(註9) 所謂生存權的基本権に法的直接拘束する力をもたせることが資本主義の國家では、完全には、實現不可能であること云うまでもない。

(註10) 團結權は結社の自由の一場合として規定されているから團結の自由權と見るのが正しいと思う。

Vgl. Harry von Rosen-von Hoewel, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. '54 SS. 40. 41. Nawiasky, a. a. O. S. 29.

(註11) 勿論例外がある。例えば集会、結社、團結、居住、職業選択等の諸自由は獨乙人だけに保障されている。

(註12) この場合、含まれるのは獨乙の法人だけで外國の法人は含まれない。法人が享有しうる基本権の範圍が、法人という性質によって限定されることはいうまでもない。

2. 如何なる程度に權利が保障されているか。

(A) 第一に氣付くことは、前文に次で第1章が基本権の保障にあてられている點である。基本権を第1條から規定する法典の形式は一般的ではなく、少くとも主權に關する規定が第一にかゝ

げられるのが例だとい¹³⁾てよい。ワイマール憲法では基本権に関する規定は第2部(第3部はない)であった。このように、特に基本権に関する規定を冒頭においたのは、基本法が、「人間が國家のために存在するのではなくて、國家が人間のために存在する」という、全体主義的獨裁國家否定の國家觀に基き、國家制度以前に人格者としての個人の存在を認め、かような個人に固有の權利を、いかなる國家作用をもってしても不可侵のものとして確定すべきである、という考慮のあらわれだとされている。¹⁴⁾ いわば、國家の前に自然權としての基本權があるという典型的な自然法的人權思想が、そのまま法典の形式に表現されているわけである。

尙、この點について、我が國の場合では、人權規定は第3章に下げられているが略々同じ趣旨が最高法規の章を別個に設けるという形式をとることによってあらわされている。

(註13) ボン基本法では、主權に関する規定は20條2項である。

(註14) Vgl. Nawiasky. a. a. O. S. 18.

(B) 第2に目立つことは、基本權が原則として、直接の拘束力を有する權利(unmittelbar geltendes Recht)として保障されているという點である。(基本法1條3項)。unmittelbar geltendes Rechtとして保障されるというのは、すべての國家機關が國民に保障された基本權に照應する義務に従うべきことを、各個人が請求權(Rechtsanspruch)として要求することができる、従って、公權力によって基本權を侵害されたとする者は、何等かの訴訟手續を通してその救済を求めることができる、ということである。¹⁵⁾ このように基本權を直接の拘束力をもつ權利として保障したのは、既述の如く、ワイマール憲法に對する反動として、直接妥當しないようなものは基本權として保障しない、という根本の方針をとったことの結果であるとい¹⁶⁾てよい。尤も、基本權がかかる權利であることに關して、基本法2條3項は例外のあるべきことを規定していなければ、基本法の下でも例外として所謂制度的保障としての、或は立法者に對する指示條項(Anweisung)としての基本權が存在することは殆んど疑いがない。¹⁷⁾

直接拘束力をもつ權利として保障された基本權は公權である。又、その同じ内容が私法關係における私權として實現されているか、實現されているとしてどの程度においてであるかは、法律の規定がない限り、個々の基本權について検討する外はない。⁸⁾

我が國の憲法では、基本的人權が直接に拘束力をもつ權利として保障される旨を定めた規定はない。けれども、それらが、原則として、直接あらゆる國家機關を拘束し、これに違反する國家作用に對しては裁判手續による救済を請求することができるような權利であると解して誤りないであろう。唯、我が國でかような規定が掲げられなかったのは、理論的には、この點を明規することが他方で極めて重要な内容の方針規定(従ってそれは所謂直接拘束する力をもたない)を掲げ

ることゝ餘りにも顯著に對立することになるからだと思われる。

(註15) Vgl. Hoewel. a. a. O. SS. 33-34.

(註16) 但し、かような根本の方針をとることが妥當であるかどうかは別論である。

(註17) Hoewel によれば、學問の自由、宗教々育の保障、婚姻及び家族制度の保障、母性の保護及び私生子の保護に關する基本権は直接拘束する力をもたないとされており、又 Rahn はこの種の權利として婚姻及び家族制度の保障、宗教々育の保障を例示している。Hoewel. a. a. O. SS. 39, 47, 48. Rahn. Staatsrecht des Bundes. 51. S. 38. 尚、基本権が直接拘束力をもつ權利であることを明規するラント憲法としては、Hessen. §26. Nordrhein-Westfalen. §4. 同趣旨の規定をもつものに Rheinland-Pfalz. §1. IV がある。Begründet v. Sartorius. Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. 18Auffl. SS. 229, 275, 295.)

(註18) Hoewel. a. a. O. S. 36.

(C) 第3にあげなければならないことは、保障が所謂絶對的保障であること、單に行政權及び司法權に對する保障であるに止まらず、立法權に對する保障、更には憲法改正に對する保障であるという點である。即ち、基本法は立法權に對する保障であることを1條3項で明規し、更に79條で第1條に規定されている根本諸原則に抵觸する内容の基本法改正法律を制定することを禁じている。

人權保障における大陸型といわれるように、獨乙では從來基本権の保障は立法權に對する保障を含まなかった。従つて、基本法がこれを含むことを明規して、所謂米英型に移行したことは、獨乙にとっては重要な變革であるわけである。而して、何故にかような移行が行われたかについては、次のような理論的理由が考えられているようである。即ち、獨乙では、所謂リベラリズムの時代には行政權から自由な個人の領域を確保することで十分であつた。ところが社會のその後の發展の結果、權力を排除することによって自由を得るのではなく、權力を發動せしめることによって自由を求めざるを得なくなった。そこでは、行政に對する保障を確保するのではなく、立法に對し自由の保障を求めることが最大の關心事となつた。而して、かような傾向は既にワイマール憲法時代にも認められていたもので、それがボン基本法に至つて基本権保障の原則として結實したものである、と。¹⁹⁾

次に、基本権に關する第1條を基本法改正の限界外においた點については、この規定(79條)の意圖するところは絶對的保障を保障するにあつて、個々の基本権の絶對性の保障するものでないことが指摘される。何故なら、第1條第1項は人間の尊嚴の不可侵を規定したものであり、2項は不可侵且つ不可讓の人權が世界のあらゆる人間社會の、平和の、そして正義の基礎であることを承認する旨の規定であり、3項は基本権が前掲の立法司法及び行政を、直接妥當する權利として拘束する旨の規定であるが、このうち1項と2項とは一種のプログラムに過ぎず、従つて79條

によって基本法改正の限界外におかれることが意味をもつのは3項だけであり、第3項は前述のように基本権の絶対的保障を規定するものだからである。基本法第3條以下に規定される個々の基本権は、79條と無關係に基本法を改正する法律によって改正せられうる。そこには何の制約もない。^{20) 21)}

次に、このような絶対的保障は立法権についてどのようにあらわれているか。立法権に対する保障は形式的と實質的との二面からなされている。

第一、形式的保障について。基本法の下で法律によって基本権が制限される場合、その法律は、(イ) 一般的妥當力 (allgemeine Geltungskraft) をもつものでなければならず、個別的特殊の場合を対象として規律するものであってはならないことが要求せられる (基本法19條1項前段)。別言すれば、同種の事件に對しては同様に妥當するような法律でなければ基本権を制限することはできない。²²⁾ (ロ) 基本権の制限を含む法律は制限される基本権が第何條であるかを示さなければならぬ (19條1項後段)。これによって、立法者が意識しないうちに基本権を制限する内容の法律を制定して、それが國民を拘束するといった事態の生ずるおそれはなくなり、又慣習法による基本権の制限も不可能となる。²³⁾

(註19) Nawiasky の見解がこれに近いと思われる。ders. a. a. O. SS. 19, 20. 但し私の不敏のせい、彼の敘述には曖昧なところがあるように思われる。私自身は西獨乙についても、又我が国についても、人権保障の型が所謂大陸型から米英型に移った理由の説明としては別の考え方をもっているがこゝではふれない。なお、Nawiasky はボン基本法の制定に際し、所謂政府草案の立案に参加して特に基本権の章を擔當している。

(註20) 通常法律に對しては、後述するように、基本権の本質的内容を侵すことはできないけれども、基本法を改正する法律が通常法律と別個のカテゴリーに屬するとすれば、基本法改正法律は無制約で、基本権の内容を變えることができる。尤も、この種の法律には通常法律に比して、加重された手續を必要とする。

(註21) Nawiasky は79條が第1條だけを改正の限界外において、個々の基本権を放置したことを基本法制定者の無能力に歸し、若し將來個々の基本権の廢止問題が生じたときは、立法者の意圖はすべての基本権に絶対的な保障を與えるにあった、という立場が採られることを期待すると云っている。Nawiasky. a. a. O.

(註22) 19條1項前段は「法律によって又は法律に基いて (durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes) 制限される場合には……」と規定している。法律に基いて、という場合は、制限する國家の作用は行政又は司法の作用であるが、その根據となる法律が一般的妥當力をもたねばならないことになる。

(註23) Vgl. Dennewitz ほか, Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Erl. zu Art. 19. Hoewel. a. a. O. S. 50.

第2、實質的保障について。基本権の本質的内容はこれを侵すことができない (19條2項)。

こゝに云う基本権の本質的内容とは、個々の基本権の、本質或は根本的實質を成す諸特性であ

る。然し、具体的な場合にそれが如何なる内容のものであるかは、結局は、裁判所の判決を俟つ²⁴⁾外ない。²⁵⁾

上述の如き、権力の行使に対する規制という方向での保障は、行政権及び司法権については別段の規定がない。然し、司法はもとより、行政に對しては所謂合法律性の要求が基本的に妥當しているのであるから、この方向での特別な措置は必ずしも必要でないわけである。唯、行政権による基本権の侵害に對しては、後述する如く、裁判手續による救済があり、又それとは別個に、三権の行使のすべてについて Verfassungsbeschwerde の制度による救済がある。

権力の行使に對する規制という方向での保障につき、基本法が規定するところは概略以上の如くであるが、我が國においては、周知の如く、公共の福祉という一般概念が立法権行使を規制する基準としてとられている（憲法13條）。又、法律との關係では公共の福祉に基いて基本権の制限を行う場合の法形式は原則として法律でなければならないとされている。そこで、双方を比較する場合気付くことは、我が國では「公共の福祉」の概念が基本的人権を制限する場合の理由として規定されているのに對し、西獨乙では「本質的内容」の概念が法律をもっては絶対に侵し得ない領域として規定されていること、及び公共の福祉概念も本質的内容の概念も共に内容の空虚な抽象概念であるけれども、これらに實質的内容を盛る場合には、後者が個々の基本権についての基本的内容であるだけに、比較的、恣意の入り込む餘地が少いということである。従って、これら二つの點を併せ考える場合、基本権の侵害の可能性は、少くとも文言の文理的な解釋からする限り、我が國の方がはるかに大きいといつてよいであろう。果してそうであるとすれば、基本権の尊重という根本の趣旨を前提する限り、立法技術的には、ボン基本法の方がすぐれているといつてよい。²⁶⁾尤も、以上は二つの憲法を比較した場合の考察であつて、「本質的内容」の概念それ自体が内容空虚で漠然としているのであるから、具体的場合にそれがどれ程の保障となるかは疑問である。尙、基本権を制限する法律の一般的妥當性の要求は、實は、法の前の平等の要求の一つのあらわれであるから、このような規定をもたない我が國でも、憲法14條の一場合と考えれば、同様の保障がなされていることになる。

（註24）Vgl. a. a. Kommentar zum BGG. Erl. zu Art. 19.

（註25）Vgl. Hoewel. a. a. O. S. 50.

（註26）Nawiasky は、個々の基本権について制限の限界が定められたことに對して、一方では、本來的に必要な制限を看過せしめる結果となり、他方では、保護するに値しない利益のために制限がなされる危険が生ずる、とのべて反對している。a. a. O. SS. 23-24.

（D）第4に指摘されねばならないことは、基本法が、基本権の濫用を禁ずることが眞に基本権を保障するために不可欠である、という自明の理を基礎にして、特に自由のための民主主義的根

本秩序に敵對する闘争に表現の自由權その他の基本權を利用した者に對して、その者からその利用された基本權を剝奪すべきことを規定している點である。即ち、基本法18條によれば、表現の自由特に出版の自由、學說の自由、集會の自由、結社の自由、通信の秘密、所有權の不可侵及び Asylrecht を、自由のための民主主義的 根本秩序 (freiheitliche demokratische Grundordnung) に反對する闘争のために濫用した者は、憲法裁判所の判決によって、これらの基本權を喪失することとなっている。憲法裁判所の判決によって喪失するから判決があるまでは喪失しないことは云うまでもない。²⁷⁾ 扱て、こゝで最も問題となるのは、自由のための民主主義的 根本秩序とは何を意味するかであろう。これについて、憲法裁判所の判例によれば、それはあらゆる權力及び恣意の支配を排除し、多數の意思による國民の自己決定と自由平等を基礎とする、法治國家的 支配秩序を云うとされている。²⁸⁾ 而も、この根本秩序が特定の (即ち基本法が構想するところの) 自由のための民主主義的 根本秩序を意味することは、この言葉に定冠詞が用いられていることから見ても疑がなく、更に一説によれば、18條は既存の根本秩序を廢止するためのあらゆる過激な闘争を否定するだけでなく、單にこれを修正しようとするにすぎない闘争——若干過激であるか或は全然過激でないような闘争をも否定する趣旨である、とされている。²⁹⁾ 従つて、この規定は、結局、民主主義にとって基本的である「寛容」を犠牲にして、先づ特定の「自由のための民主主義的 根本秩序」を確保し、かような秩序の下で、國家權力に對する國民の基本權の保障を實現しようという趣旨と見てよいであろう。尙、このように言論出版等總じて表現に關して極端な不寛容の態度を採った理田としては、ワイマール憲法の下における極端な寛容が民主主義の否定であるヒットラーの獨裁を招來した重大な原因の一つであつたという苦い經驗が考えられているようである。³⁰⁾

ところで、我が國の憲法も基本的人權の享有を規制するという仕方で人權を保障しようとする趣旨の規定をもっている。第12條の權利濫用の禁止がそれである。然し、この禁止はすべての基本權に通ずる本來的な制限であつて、上述の如きボン基本法18條とは本質的に異なることは云うまでもない。

(註27) ボン基本法制定の際の政府草案では、憲法裁判所の判決で基本權の喪失が決定されるのではなく、行政機關の決定で喪失し、憲法裁判所は、その決定に不服がある場合の救済機關となっていたという。Vgl. Nawiasky, a. a. O. SS. 32—33. a. a. Kommentar. Entstehungsgeschichte zu Art. 18.

(註28) Vgl. BVerfGE 2, 12. Hoewel, a. a. O. S. 49.

(註29) Vgl. a. a. O. S. 33. a. a. Kommentar. Erl. zu Art. 18.

(註30) Vgl. Rahn, a. a. O. S. 33. a. a. Kommentar. Erl. zu Art. 18.

(E) 國家機關による公權力の行使に對して國民の基本權がどの程度に保障されているかとい

う意味での保障及び濫用の禁止による基本権の保障は概略以上の如くであるが、以下ではかような保障が侵された場合に如何なる救済の手段が認められているかという意味での保障の程度について述べる。いうまでもなくそれは裁判所による保障である。裁判所による保障は、これを憲法裁判所による保障及びその他の裁判所による保障の二つに大別することができる。

(a) その他の裁判所による保障。基本法19條4項によれば、公權力によって自己の権利を侵害された者は訴訟手續によってその救済を求めうることとなっている。この規定には單に公權力とあって、三権のすべてを含むか否かが必ずしも明瞭でないために、専ら行政權を指し、司法權はもとより立法權もふくまないとする見解と、原則的には行政權であるが立法權が排除される理由はないとする見解とが對立しているようである。³¹⁾ 又、この規定は單に權利といって基本権といっていないから、特に基本権を保障するための規定ではなくて、公權力の行使による権利侵害に對する裁判手續による救済を 概括的 (lückenlos) に認めた規定であるわけである。然し、この規定に所謂權利に基本権が含まれることは明瞭だから、その救済が裁判所による基本権の保障の重要な一つであることは疑がない。

救済を行う裁判所が原則として行政裁判所であることは、事件の大部分が行政事件であることから云って當然であるが、唯、個別的にみて行政裁判所に出訴することが許されないときには、副次的に、通常裁判所に出訴することが認められている。³²⁾ 尙、基本権の侵害事件については、更に憲法裁判所に對し Verfassungsbeschwerde を提起する途が開かれているが(後述)、その他の場合には憲法裁判所に上訴することは許されない。³³⁾

(註31) (註32) Vgl. a. a. Kommentar zum BGG. Erl. zu Art. 19 Abs IV. (Seiten 9-20). Hoewel, a. a.

O. S. 50. この見解の對立について本稿が態度をきめることは無意味であるが、憲法裁判所法が法律に對する Verfassungsbeschwerde の提起期間を施行後1ヶ月以内と定めているところを見ると、現行の制度は立法權を含まないとする見解に立っていると判断してよさそうである。

(註33) Vgl. a. a. Kommentar.

(b) 憲法裁判所による保障。憲法裁判所による保障には、すべての基本権について認められる Verfassungsbeschwerde と、表現の自由その他の基本権の喪失を決定するための裁判とがある。

(イ) Verfassungsbeschwerde. 基本権が直接拘束力を有する權利として明規されたことに對應して、憲法裁判所法は特に基本権及びこれと同種の、個人に認められた憲法上の諸權利³⁴⁾ に對する公權力による侵害に關し、これを救済するため、すべての個人に憲法裁判所に Verfassungsbeschwerde を提起することを認めている(同法90條以下)。但し、Verfassungsbeschwerde を提起できる者は現在、直接、自己の基本権を侵害されたとする者でなければならない。³⁵⁾ 又、この場合の公權力は、19條4項の場合と異り、立法作用、司法作用及び行政作用として發動される

すべての公権力を含む。³⁶⁾

先づ法律が個人の基本権を侵害した場合には、その法律によって直接自己の基本権を侵害された者であれば何人でもこの *Beschwerde* を提起することができる。但し、出訴の期間はその法律の施行後1ヶ月以内である。主張に理由ありとされたときは、憲法裁判所は判決を以て、基本法の如何なる規定が侵害されたかを明示し、且つその法律の無効を宣言しなければならない（同法95條1項3項）。尙、判例によれば、こゝに云う法律は實質的意味の法律であり、従って所謂法規命令も含まれ、且つ連邦法であるとラント法であると自治法であるとを問わない。³⁷⁾

次に行政作用が個人の基本権を侵害した場合には、原則として既にのべた19條4項による訴訟手續が認められているから、同條に基く裁判を完全に前置しなければならないこととし、その判決に對して尙不服である場合に始めて *Verfassungsbeschwerde* を認めることにしている（憲裁法90條2項）。但し、憲法裁判所が一般的に重要（*von allgemeinen Bedeutung*）であると認めた場合、或は19條4項に基く裁判を経由するとき被害者に重大且つ避けることの出来ない不利益を生ずる場合には、例外的に直接 *Verfassungsbeschwerde* を提起できる。尙、必ずしも行政權の行使だけに關するものではないが、訴訟提起の途が開かれていない高權行爲（*Hoheitakt*）に對しても、法律についてと同様に *Verfassungsbeschwerde* を提起することができる（憲裁法93條2項）。

最後に、司法作用が個人の基本権を侵害した場合としては、判決及び訴訟手續を終了せしめる決定（*ein Verfahren abschließende Beschlüsse*）による侵害が問題となる。³⁸⁾ 判決又は決定に對して提起された *Verfassungsbeschwerde* が容認されたときは、その判決又は決定は破棄される（憲裁法95條2項）。尙、憲法裁判所の判決に對して *Verfassungsbeschwerde* の提起ができないことは云うまでもない。

（註34）この種の權利には、各ラントにおける市民權の平等（33條）、選舉權（38條）、法律で定める裁判官の裁判をうける權利（101條）、刑事作用と關連する人身の自由權（103條及び104條）があげられている（憲裁法90條1項）

（註35）Vgl. Hoewel. a. a. O. S. 50.

（註36）Vgl. Hoewel. a. a. O. SS. 50-51. a. a. Kommentar. Erl. zu Art. 19IV.

（註37）Vgl. Hoewel. a. a. O. S. 51.

（註38）Vgl. Hoewel. a. a. O. S. 51.

（ロ）特定の表現の自由權その他の喪失を決定する裁判。基本法の下では、基本法の定める自由のための民主々義的根本秩序に反對するための闘争に表現の自由を利用することが基本權の濫用となり、この種の表現を行った者につき、その濫用した基本權を喪失せしめることについては

既に述べたが、この場合、如何なる表現の自由權が如何なる範圍において基本權としての保障を失うかを決定する機關は憲法裁判所である（基本法18條後段、憲法裁判所法13條1號）。

憲法裁判所に對して基本權喪失の申立を爲しうる者は連邦議會、連邦政府及び各ラント政府に限られる（憲法第36條）。申立が爲されたときは裁判所は被告の辯論をきいた後でなければ審理を續行するか否かを決定できない（同法37條）。申立が受理されたときは裁判所は刑事訴訟法の規定に従って、抑留又は搜索を命ずることができる（同法38條）。判決が申立に理由ありとするときは、喪失せしめられる基本權の種類、及び喪失の期間を正確に定めなければならない（同法39條1項）。又、基本權喪失が決定されたときは同時に、その期間中、その者の選舉權、被選舉權及び公職就任資格を停止することができる（同法39條2項）。尙、基本權喪失の範圍内で行政官廳が自由權を喪失した者のその自由に對して干涉することができることは當然である。基本權の喪失がなされた後一定期間を経過したときは、裁判所は、當事者の何れか一方の申出に基き、喪失の廢棄又は喪失期間の短縮を決定することができることになっている（同法40條）。

扱て、裁判所による基本權保障は概略以上の如くである。これを我が國の場合と比較するとき、行政權による基本權の侵害が具体的訴訟事件として裁判所によって救済されることは、裁判制度の相異に基く違いはあっても、根本の趣旨においては同様であるといつてよいであろう。唯、専ら基本權の侵害事件に關して、Verfassungsbeschwerde を認め、その下で、執行作用による基本權の侵害はもとより、立法作用による基本權侵害をも救済することとしたことは我が國の現行制度と異なる重要な點であつて、この點では、少くとも形式的に云つて、基本權の保障につき一層徹底したものと云つてよい。

特定内容の表現を行つた者に對して、憲法裁判所がその基本權を剝奪することは、基本法では、權利の濫用であり、従つて濫用から基本權を守るための保障であるとされ、國家の防衛はその間接の效果であるとされている。³⁵⁾ 然し、言葉の通常の意味では、こゝで保障されているのは直接には自由のための民主主義的根柢秩序、而も、現行基本法が構想している如き民主主義的根柢秩序であつて、表現の自由ではない。従つて卒直に云うなら、それは現行統治制度固定のためにする、これに反對する一切の表現の封鎖に外ならない。尙、我が國では特に團體の暴力主義的破壊活動の手段として行われるこの種の基本權の利用が、憲法でなくて法律で規制されているが、然し、規制の第1次の機關は裁判所でなくて、行政機關（公安審査委員會）である。

III

扱て、以上の概觀を通じて最後に二つの點を指摘しておきたい。

第一は、基本法が所謂經濟的基本權をその綱領宣言的性格を理由に排除した點である。思うに、

資本主義國家の下では、人民大衆が眞に人たるに値する生活を営みうるための根本的諸要求は先づ綱領宣言、方針規定の基本權の宣言から始め、その下で長い忍耐と努力を通して、これらの諸要求を現實化する外はない。従って、單に綱領宣言規定の故にこれを基本權から排除することはむしろ一種のアナクロニズムというべきであろう。

第二は、基本法が極めて不寛容の態度を以て、自己の構想する自由のための民主々義的根本秩序を固定するために、表現の自由その他の基本權を規制している點である。このような規定を設けたのは、既述の如く、ワイマール憲法の下での經驗に理由付けられるでもあろう。然し、濫用の禁止の名において、特定の國家的根本秩序固定のために、基本權を制限することは、民主々義が標榜されている限り、到底許されまい。成程、民主々義が民主々義の否定に對してまで寛容であり得ないのは當然であるから、その意味で民主々義の本質的特徴である寛容には限界がある。然し、そのことと特定の民主々義的根本秩序の克服、それからの前進に對する不寛容とは混同されてはならない。民主々義の否定に對する寛容が民主々義の自殺であるのと同様に特定の民主々義的根本秩序に固着しようとすることもまた民主々義の自殺に外ならないからである。